

## **BẬT CẬP TRONG THỰC TIỄN ÁP DỤNG QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ MÔI GIỚI THƯƠNG MẠI VÀ ĐỀ XUẤT GIẢI PHÁP KHẮC PHỤC**

Nguyễn Thị Huỳnh Trân và Nguyễn Hồng Chi\*

Trường Đại học Tây Đô

(\*Email: nhchi@tdu.edu.vn)

**Ngày nhận:** 13/9/2021

**Ngày phản biện:** 13/11/2021

**Ngày duyệt đăng:** 01/12/2021

### **TÓM TẮT**

Môi giới thương mại là một trong các hoạt động của trung gian thương mại. Môi giới thương mại là một hoạt động thương mại được pháp luật Việt Nam công nhận và hiện chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019). Khi áp dụng vào thực tiễn pháp luật về môi giới thương mại đã phát sinh những khó khăn, bất cập, chưa tập trung và thống nhất giữa các văn bản pháp luật gây khó khăn cho người sử dụng pháp luật, lẫn người thực thi pháp luật, làm ảnh hưởng đến sự phát triển của chính hoạt động này và sự phát triển của nền kinh tế. Do đó, việc nghiên cứu các quy định pháp luật về môi giới thương mại rất cần thiết, từ đó đưa ra những đề xuất và kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện hơn quy định của pháp luật về vấn đề này. Qua phân tích những khó khăn trở ngại, các giải pháp đề xuất gồm: Hoàn thiện chế định về thương nhân và nghĩa vụ đăng ký kinh doanh của thương nhân khi tham gia hoạt động môi giới thương mại, quy định cụ thể về hình thức hợp đồng môi giới thương mại, quy định cụ thể về việc thanh toán thù lao và chi phí phát sinh đối với hợp đồng môi giới thương mại, quy định thêm Điều khoản bồi thường thiệt hại.

**Từ khóa:** Môi giới thương mại, khó khăn trong thực tế, giải pháp, thương mại

Trích dẫn: Nguyễn Thị Huỳnh Trân và Nguyễn Hồng Chi, 2021. Bật cập trong thực tiễn áp dụng quy định pháp luật về môi giới thương mại và đề xuất giải pháp khắc phục. Tạp chí Nghiên cứu khoa học và Phát triển kinh tế Trường Đại học Tây Đô. 13: 192-204.

\*Ths. Nguyễn Hồng Chi - Giảng viên Bộ môn Luật, Trường Đại học Tây Đô

## 1. ĐẶT VẤN ĐỀ

Trong nền kinh tế thị trường các hoạt động mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ được các thương nhân tiến hành qua hai phương thức cơ bản: Giao dịch trực tiếp với khách hàng hoặc qua trung gian, thương nhân có thể sử dụng linh hoạt các phương thức kinh doanh khác nhau để đạt được mục tiêu cuối cùng là lợi nhuận trong nền kinh tế thị trường hiện nay. Trong thực tế, không phải bên bán hàng, hoặc bên cung ứng dịch vụ nào cũng có khả năng tìm kiếm được bên mua hàng hoặc bên sử dụng dịch vụ và ngược lại. Cho nên các bên có nhu cầu tìm đến các thương nhân làm trung gian, làm cầu nối cho các bên có nhu cầu mua bán hàng hóa, dịch vụ, việc sử dụng dịch vụ trung gian thương mại có thể giúp các bên kinh doanh có hiệu quả hơn.

Môi giới thương mại không còn là hoạt động xa lạ ở Việt Nam nhưng có rất nhiều người vẫn chưa hiểu rõ bản chất, vai trò và những lợi ích mà môi giới thương mại đem lại. Môi giới thương mại là một trong các hoạt động của trung gian thương mại, môi giới thương mại là một hoạt động thương mại được pháp luật Việt Nam công nhận và hiện chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) và các luật khác có liên quan. Nhà nước luôn tạo điều kiện thuận lợi để các hoạt động môi giới thương mại diễn ra dễ dàng bằng cách ban hành các quy định pháp luật thông thoáng, nhiều người lợi dụng những kẽ hở pháp luật để trục lợi, các chủ thể tham gia hoạt động môi giới đôi khi không am hiểu hết các quy định pháp luật về môi giới thương mại làm sai lệch đi mục đích vốn

có của loại hình hoạt động này, cũng có những trường hợp bất cập xuất phát từ chính những quy định của pháp luật dẫn đến những khó khăn cho các chủ thể tham gia hoạt động môi giới thương mại. Môi giới thương mại là hoạt động kinh doanh độc lập nhưng chưa có văn bản pháp luật quy định riêng đối với lĩnh vực này, cách xác định tư cách chủ thể tham gia vào hợp đồng môi giới phải áp dụng theo Bộ Luật Dân sự năm 2015, Luật Doanh nghiệp năm 2020. Hoạt động thương mại nào cũng tiềm ẩn các rủi ro, các tranh chấp phát sinh giữa các bên tham gia và môi giới thương mại không là trường hợp ngoại lệ.

Từ thực tiễn cho thấy pháp luật về môi giới thương mại đã phát sinh những khó khăn, bất cập, chưa tập trung và thống nhất giữa các văn bản pháp luật gây khó khăn cho người sử dụng pháp luật, lẫn người áp dụng pháp luật, làm ảnh hưởng đến sự phát triển của chính hoạt động này và sự phát triển của nền kinh tế. Do đó, việc tiếp tục nghiên cứu các quy định về môi giới thương mại là điều hết sức cần thiết, từ đó đưa ra những đề xuất kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện hơn quy định của pháp luật về vấn đề này.

+ Đối tượng nghiên cứu: Là những vấn đề lý luận về hoạt động môi giới thương mại, quy định của pháp luật Việt Nam về hoạt động môi giới thương mại, quy định hiện hành về hoạt động môi giới thương mại trong Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019), một số luật có liên quan như: Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Doanh nghiệp năm 2020 và thực tiễn áp dụng pháp luật về hoạt động môi giới thương mại của nước ta

trong những năm gần đây thông qua các vụ việc cụ thể.

+ Phương pháp nghiên cứu: Để hoàn thành tốt đề tài này tác giả đã sử dụng nhiều phương pháp nghiên cứu khoa học như: Phương pháp phân tích và lý luận trên các tài liệu giáo trình nhằm phục vụ cho việc xây dựng cơ sở lý luận của các khái niệm và đặc điểm. Sau đó tác giả sử dụng phương pháp phân tích, đánh giá tổng hợp các vấn đề, suy luận để rút ra kết luận và phương pháp so sánh nhằm để phân tích những điểm tương đồng và khác biệt giữa quy định trong Luật Thương mại năm 1997 và Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019).

## 2. NỘI DUNG VẤN ĐỀ

### 2.1. Các khái niệm có liên quan

Khái niệm môi giới thương mại: *Môi giới thương mại là hoạt động thương mại, theo đó một thương nhân làm trung gian (gọi là bên môi giới) cho các bên mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ (gọi là bên được môi giới) trong việc đàm phán, giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ và được hưởng thù lao theo hợp đồng môi giới<sup>1</sup>.*

### 2.2. Quy định của pháp luật về môi giới thương mại

*Điều 151 Luật Thương mại 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định về nghĩa vụ của bên môi giới thương mại*

Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên môi giới thương mại có các nghĩa vụ sau đây:

*Thứ nhất*, bảo quản các mẫu hàng hóa, tài liệu được giao để thực hiện việc môi giới và phải hoàn trả cho bên được môi giới sau khi hoàn thành việc môi giới.

*Thứ hai*, không được tiết lộ, cung cấp thông tin làm phương hại đến lợi ích của bên được môi giới.

*Thứ ba*, chịu trách nhiệm về tư cách pháp lý của các bên được môi giới, nhưng không chịu trách nhiệm về khả năng thanh toán của họ.

*Thứ tư*, không được tham gia thực hiện hợp đồng giữa các bên được môi giới, trừ trường hợp có ủy quyền của bên được môi giới.

*Điều 152 Luật Thương mại 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định về nghĩa vụ của bên được môi giới*

Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên được môi giới có các nghĩa vụ sau đây:

*Thứ nhất*, cung cấp các thông tin, tài liệu, phương tiện cần thiết liên quan đến hàng hóa, dịch vụ.

*Thứ hai*, trả thù lao môi giới và các chi phí hợp lý khác cho bên môi giới.

*Điều 153 Luật Thương mại 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định về quyền hưởng thù lao môi giới*

*Thứ nhất*, trừ trường hợp có thỏa thuận khác, quyền hưởng thù lao môi giới phát

<sup>1</sup> Điều 150 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)

sinh từ thời điểm các bên được môi giới đã ký hợp đồng với nhau.

*Thứ hai*, trường hợp không có thỏa thuận, mức thù lao môi giới được xác định theo quy định tại Điều 86 của Luật này.

*Điều 154 Luật Thương mại 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định về thanh toán chi phí phát sinh liên quan đến việc môi giới*

Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên được môi giới phải thanh toán các chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến việc môi giới, kể cả khi việc môi giới không mang lại kết quả cho bên được môi giới.

### 2.3. Một số khó khăn, vướng mắc

Thông qua kết quả khảo sát thực tế về hoạt động môi giới thương mại có thể thấy khi áp dụng vào thực tế pháp luật về môi giới thương mại vẫn còn tồn tại một số bất cập, hạn chế như: Khi hoạt động môi giới chủ thể là bên môi giới không đáp ứng đúng quy định về điều kiện chủ thể, hình thức của hợp đồng môi giới thương mại không có quy định rõ ràng, bất cập trong việc thanh toán thù lao môi giới và chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến việc môi giới, bên được môi giới không trung thực trong việc cung cấp các thông tin, tài liệu cho bên môi giới, bên được môi giới cấu kết với bên thứ ba nhằm trốn tránh nghĩa vụ với bên môi giới (*Một số khảo sát thực tế xem phụ lục II*).

#### 2.3.1. Hoạt động môi giới thương mại chủ thể là bên môi giới thương mại

***không đáp ứng đúng quy định về điều kiện chủ thể.***

Chủ thể của môi giới có thể là cá nhân, tổ chức..., nhưng chủ thể của môi giới thương mại phải là thương nhân, chủ thể của môi giới thương mại hẹp hơn so với môi giới. Khi tham gia vào hoạt động môi giới thương mại Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định chủ thể là bên môi giới thương mại bắt buộc là “thương nhân”<sup>2</sup>, “*Thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh*”<sup>3</sup>. Bên cạnh đó Điều 7 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định “*Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của luật*”. Như vậy tổ chức, cá nhân được xem là thương nhân khi hoạt động thương mại “*có đăng ký kinh doanh*”. Trên thực tế có rất nhiều chủ thể là bên môi giới thương mại hoạt động môi giới thương mại không đáp ứng đúng quy định về điều kiện chủ thể bên môi giới thương mại là “*thương nhân*”, môi giới thương mại là tên gọi chung cho các hoạt động môi giới hàng hóa, dịch vụ, ngoài các hoạt động môi giới thương mại này còn có các hoạt động môi giới thương mại khác như: Môi giới bất động sản, môi giới bảo hiểm, môi giới chứng khoán, môi giới việc làm,... Tuy nhiên, khi tham

<sup>2</sup> Điều 150 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)

<sup>3</sup> Khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)

gia hoạt động môi giới thương mại bên môi giới thương mại không đáp ứng điều kiện là “*thương nhân*” các chủ thể này chỉ là cá nhân, tổ chức không tham gia hoạt động thường xuyên, họ hoạt động một cách tự phát theo mùa vụ, theo cơn sốt thị trường, đa số các văn phòng môi giới thương mại được mở ra bởi các cá nhân, tổ chức không có đăng ký kinh doanh thậm chí họ còn không mở văn phòng mà tự mình hoạt động, đối với một số hoạt động môi giới thương mại đòi hỏi bên môi giới thương mại phải có chứng chỉ hành nghề nhưng họ cũng không đáp ứng được điều kiện này, nếu có người cần sử dụng dịch vụ môi giới thương mại thì họ sẵn sàng trở thành bên môi giới thương mại để hưởng thù lao môi giới thương mại. Hiện nay các chủ thể hoạt động môi giới thương mại này được gọi là “Cò” (cò đất,...) rất phổ biến. Một số ví dụ thực tế từ các trang thông tin điện tử:

Trước thông tin, Sở Nội vụ có tờ trình UBND thành phố Hồ Chí Minh về công tác chuẩn bị xây dựng đề án chuyên năm huyện: Bình Chánh, Hóc Môn, Củ Chi, Nhà Bè, Cần Giờ thành quận hoặc thành phố giai đoạn 2021 - 2030, giá đất tại những khu vực này đã tăng đột biến. Trên các tuyến đường chính của huyện Củ Chi mọc lên nhiều văn phòng môi giới.<sup>4</sup>

Một trường hợp khác, hiện tượng rao bán đất không phù hợp với quy định pháp

luật như: đất rừng, đất ruộng, vườn... xuất hiện thường xuyên trên thị trường. Nhiều "cò mồi" thường xuyên quy tụ, tập hợp ở những khu vực này, tạo ra sự sôi động, tung nhiều thông tin không có cơ sở, đẩy giá lên từng giờ, từng ngày để lôi kéo các nhà đầu tư vào cuộc. Đây không phải lực lượng môi giới bất động sản chuyên nghiệp đang hoạt động tại các sàn giao dịch bất động sản uy tín mà là những "cò đất" thời vụ, nhảy vào thị trường lúc sốt nóng<sup>5</sup>.

Các trung tâm môi giới việc làm mọc lên ngày càng nhiều tại khu vực bến xe An Sương tự phát không đáp ứng được điều kiện kinh doanh, lừa những người lao động ở quê lên tìm việc, thu phí không hợp lý, khi môi giới nói là việc nhẹ lương cao nhưng sau đó là đưa người lao động làm các công việc nặng nhọc không như thỏa thuận ban đầu<sup>6</sup>.

Dẫn số liệu cách đây một năm của Hội môi giới bất động sản Việt Nam, đến tháng 6/2019 có khoảng 300.000 người tham gia hoạt động lĩnh vực môi giới, trong đó chỉ có 27.000 người có chứng chỉ hành nghề theo luật cũ 2006, còn theo luật mới là 8.000 người. Tính ra, tỷ lệ môi giới bất động sản chưa có chứng chỉ hành nghề là hơn 88%. Tại Đà Nẵng, hơn 10 năm triển khai đào tạo và cấp chứng chỉ, đến nay cũng chỉ mới có hơn 1.600 chứng chỉ môi giới được cấp. Phần lớn lực lượng

<sup>4</sup> <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-kinh-te/ung-de-bi-cuon-vao-vong-xoay-sot-ao-cua-co-dat--640368/> (Truy cập ngày 25/5/2021)

<sup>5</sup> <https://tapchitaichinh.vn/thi-truong-tai-chinh/hoi-moi-gioi-bat-dong-san-ly-giai-con-song-sot-dat-bat-chap-quy-dinh-phap-luat-333227.html> (Truy cập ngày 25/5/2021)

<sup>6</sup> Thủ đoạn lừa đảo của các trung tâm môi giới việc làm (facebook.com), <https://www.facebook.com/thoisuvtv/videos/682204625918550/> (Truy cập ngày 17/6/2021)  
Thời sự VTV - dịch vụ môi giới việc làm lừa đảo tại thành phố hồ chí minh | Facebook, <https://ko-kr.facebook.com/thoisuvtv/videos> (Truy cập ngày 17/6/2021)

môi giới hiện nay thiếu kiến thức căn bản để hành nghề. Đặc biệt là kiến thức về pháp luật có liên quan đến lĩnh vực bất động sản.<sup>7</sup>

Việc bên môi giới hoạt động không đáp ứng đúng quy định pháp luật, không chịu sự điều chỉnh bởi các quy định pháp luật, bên môi giới hoạt động “chui” như vậy sẽ làm ảnh hưởng đến quyền lợi của cả hai bên (bên môi giới và bên được môi giới), khi xảy ra tranh chấp họ sẽ không có cơ sở để được pháp luật bảo vệ, do hợp đồng môi giới giữa các bên không hợp pháp vì không đáp ứng đúng quy định. Việc các chủ thể hoạt động môi giới không đáp ứng đúng quy định về điều kiện chủ thể như vậy gây khó khăn cho công tác quản lý của nhà nước, gây thất thoát nguồn thu ngân sách nhà nước.

### ***2.3.2. Quy định chưa rõ ràng về hình thức của hợp đồng môi giới thương mại.***

Có thể thấy các hoạt động trung gian thương mại khác pháp luật có quy định hình thức của hợp đồng<sup>8</sup>, nhưng đối với hoạt động môi giới thương mại Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) không có quy định rõ ràng về hình thức của hợp đồng môi giới. Việc Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) không quy định rõ ràng về hình thức của hợp đồng như vậy cũng có mặt trái, đó là làm phát sinh những vấn đề tiềm ẩn rủi ro về tranh chấp giữa hai bên (bên môi giới và bên được môi giới) khi tham gia hoạt động

môi giới thương mại. Trong thực tế có rất nhiều trường hợp các bên tham gia quan hệ môi giới thương mại giao kết hợp đồng không tuân theo hình thức nào mà chỉ dựa trên sự tin tưởng, quen biết. Vì vậy, khi xảy ra tranh chấp các bên tham gia quan hệ môi giới thương mại không có cơ sở để giải quyết tranh chấp, đặc biệt là đối với các hợp đồng môi giới thương mại được giao kết với giá trị lớn, nhưng Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) không quy định rõ ràng về hình thức của hợp đồng như vậy rất dễ xảy ra rủi ro cho bên môi giới cũng như bên được môi giới.

Ví dụ: Công ty A và thương nhân môi giới B giao kết hợp đồng môi giới hàng hóa là 200 máy tính để bàn, thời gian thực hiện hợp đồng là 1 tháng kể từ ngày hai bên giao kết hợp đồng, giá sử hợp đồng môi giới có giá trị 1 tỷ, thù lao môi giới 5% giá trị hợp đồng. A và B giao kết hợp đồng bằng miệng, trong thời gian thực hiện hợp đồng A và B xảy ra tranh chấp, A nói ngược là không có giao kết hợp đồng môi giới với B. Trong khi đó B đã bỏ nhiều công sức và chi phí để tìm bên thứ ba cho A, việc A nói ngược là không có giao kết hợp đồng môi giới với B gây tổn thất cho B, trước sự việc này B khó lòng mà đòi lại công bằng cho mình bởi lẽ A và B chỉ giao kết hợp đồng bằng miệng, B khó có thể chứng minh việc A có giao kết hợp đồng với mình.

### ***2.3.3. Bất cập trong việc thanh toán thù lao môi giới và chi phí phát sinh liên***

<sup>7</sup><https://infonet.vietnamnet.vn/thi-truong/nha-dat/gan-90-moi-gioi-bat-dong-san-hoat-dong-khong-co-chung-chi-hanh-nghe-257247.html> (Truy cập ngày 25/5/2021)

<sup>8</sup> Điều 142, Điều 159, Điều 168 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)

### ***quan đến hợp đồng môi giới thương mại.***

Trong hoạt động môi giới thương mại thù lao là khoản tiền mà bên được môi giới phải trả cho bên môi giới khi bên môi giới giúp bên được môi giới làm việc với bên thứ ba khi hợp đồng môi giới thành công. Một vấn đề đặt ra ở đây là thù lao môi giới có bao gồm cả những chi phí mà bên môi giới bỏ ra khi thực hiện các công việc theo yêu cầu của bên được môi giới hay không. Khi hợp đồng môi giới không thành công thì bên môi giới vẫn được hưởng các chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến hợp đồng môi giới, quy định này rất hợp lý vì bên môi giới đã bỏ ra nhiều công sức để tìm kiếm bên thứ ba vì thế bên môi giới có quyền được thanh toán chi phí phát sinh hợp lý liên quan là hợp lý. Tuy nhiên, khi hợp đồng môi giới thành công Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) lại quy định bên được môi giới có nghĩa vụ trả thù lao môi giới và các chi phí phát sinh hợp lý khác liên quan đến hợp đồng<sup>9</sup>. Từ quy định này có thể thấy hợp đồng môi giới thành công thì bên môi giới sẽ được hưởng thù lao môi giới và các chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến hợp đồng môi giới. Với quy định này bên được môi giới sẽ có tâm lý e ngại khi ký kết hợp đồng môi giới, vì bên được môi giới sẽ không biết được chính xác chi phí mà mình phải trả cho bên môi giới là bao nhiêu, họ e ngại không muốn hợp tác vì họ không xác định được chi phí mà mình phải trả cho hợp đồng môi giới, mình có khả năng chi trả hay không, nếu chi phí

phát sinh đó nó lớn hơn lợi nhuận mà hoạt động môi giới mang lại và không đi đến giao kết hợp đồng. Quy định này sẽ không công bằng đối với bên được môi giới vì như thế bên được môi giới phải tốn nhiều chi phí hơn cho việc sử dụng dịch vụ môi giới này thay vì chỉ có thù lao môi giới. Việc phải thanh toán nhiều chi phí như thế nên bên được môi giới gây khó khăn cho bên môi giới nhằm để trốn tránh nghĩa vụ thanh toán của mình gây thiệt hại cho bên môi giới.

*Bất cập trong việc xác định chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến hợp đồng môi giới*

Trong trường hợp, hợp đồng môi giới không thành công các chi phí phát sinh hợp lý sẽ được bên được môi giới thanh toán theo quy định của luật hoặc theo sự thỏa thuận của các bên<sup>10</sup>, đây là quy định nhằm bảo vệ quyền lợi của bên môi giới, nhưng bên môi giới phải có nghĩa vụ chứng minh những chi phí phát sinh đó là hợp lý. Tuy nhiên, luật không có quy định chi phí phát sinh như thế nào mới được xem là chi phí phát sinh hợp lý, vì khó có thể định nghĩa chính xác về chi phí phát sinh hợp lý, có thể theo bên môi giới là những chi phí phát sinh họ đưa ra hợp lý nhưng bên được môi giới thì lại cho rằng chi phí phát sinh đó là không hợp lý. Ví dụ, Công ty C và thương nhân môi giới D ký kết hợp đồng môi giới 300 máy lạnh, thời gian thực hiện hợp đồng là 1 tháng kể từ ngày hai bên giao kết hợp đồng, giả sử hợp đồng môi giới có giá trị 1 tỷ, thù lao môi giới 5% giá trị hợp đồng, hai bên

<sup>9</sup> Khoản 2 điều 152 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)

<sup>10</sup> Điều 154 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)

không có thỏa thuận gì về chi phí phát sinh của hợp đồng. Trong quá trình thực hiện hợp đồng thì phát sinh một số chi phí đi lại do D phải tìm kiếm bên thứ ba cho bên được môi giới, D phải thường xuyên lên Sài Gòn vì bên thứ ba ở Sài Gòn (cụ thể D đi lên Sài Gòn 2 lần chi phí là 3 triệu). Nhưng cuối cùng hợp đồng môi giới ký kết giữa C và D không thành công, do lúc giao kết hợp đồng môi giới này C và D không có thỏa thuận về việc thanh toán các chi phí phát sinh. Nhưng theo quy định tại điều 154 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) thì D hoàn toàn có quyền yêu cầu C thanh toán chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến việc môi giới và C cũng đồng ý với việc thanh toán các chi phí phát sinh “*hợp lý*” cho D, D đã yêu cầu C thanh toán chi phí phát sinh là 3 triệu tiền xe nhưng C không đồng ý và cho rằng 3 triệu tiền xe là không hợp lý vì D cho rằng thay vì đi xe đồ tốn khoản 200.000đ trên một lượt đi, D đi 2 lần là 4 lượt thì chi phí chỉ có 800.000đ nhưng D lại thuê luôn một chiếc taxi, hai lần đi tốn tới 3 triệu. D phải có nghĩa vụ chứng minh chi phí này là chi phí phát sinh hợp lý. C không đồng ý thanh toán chi phí phát sinh là 3 triệu cho D mà chỉ đồng ý thanh toán 800.000đ. Việc không thống nhất khi xác định chi phí phát sinh hợp lý giữa các chủ thể gây khó khăn cho các bên tham gia quan hệ môi giới, dẫn đến các tranh chấp phát sinh không cần thiết.

#### **2.3.4. Bên được môi giới không trung thực trong việc cung cấp các thông tin, tài liệu cho bên môi giới.**

Môi giới thương mại là việc bên môi giới thực hiện các công việc theo yêu cầu của bên được môi giới. Để đảm bảo thực hiện thành công hợp đồng môi giới bên được môi giới có nghĩa vụ “*cung cấp các thông tin, tài liệu, phương tiện cần thiết liên quan đến hàng hóa, dịch vụ*”<sup>11</sup>. Việc cung cấp các thông tin này đòi hỏi tính trung thực và sự tự nguyện của bên được môi giới. Trong quá trình khảo sát thực tế nhận thấy không ít trường hợp khi tham gia vào quan hệ môi giới thương mại bên được môi giới không trung thực trong việc cung cấp các thông tin, tài liệu cho bên môi giới (*Một số khảo sát thực tế xem phụ lục II*), việc bên được môi giới không trung thực như vậy sẽ làm ảnh hưởng đến quá trình thực hiện hợp đồng môi giới, ảnh hưởng đến uy tín của bên môi giới, hơn thế nữa đây có thể là hành vi vi phạm pháp luật.

Ví dụ: A kinh doanh rượu các loại, A có nhu cầu tìm kiếm khách hàng, A tìm đến B nhờ B môi giới tìm khách hàng cho mình. A và B ký hợp đồng môi giới với nhau, để đảm bảo cho việc tìm kiếm khách hàng, vì rượu là mặt hàng kinh doanh có điều kiện nên B yêu cầu A cung cấp các thông tin về giấy phép kinh doanh (A không có đăng ký kinh doanh) A cung cấp giấy phép kinh doanh giả cho B. Trong quá trình thực hiện các công việc môi giới, cung cấp thông tin cho bên thứ ba, bên thứ ba phát hiện bên được môi

<sup>11</sup> Khoản 1 Điều 152 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)



giới không đáp ứng đúng các quy định pháp luật về kinh doanh rượu, bên thứ ba không đồng ý hợp tác và cho là B lừa đảo, nói sẽ không tin vào việc môi giới của B nữa. Điều này gây ảnh hưởng đến uy tín của B, việc A kinh doanh vi phạm pháp luật như vậy là vi phạm pháp luật.

**2.3.5. Bên được môi giới cầu kết với bên thứ ba nhằm trốn tránh nghĩa vụ với bên môi giới.**

Môi giới thương mại là việc làm trung gian của bên môi giới, bên môi giới ở giữa làm cầu nối cho bên được môi giới trong việc tìm kiếm bên thứ ba, bên môi giới không tham gia vào việc ký kết hợp đồng giữa bên được môi giới và bên thứ ba, bên được môi giới và bên thứ ba sẽ tự đàm phán giao kết hợp đồng với nhau, việc bên môi giới không tham gia vào việc đàm phán, giao kết hợp đồng giữa bên được môi giới với bên thứ ba, vì vậy không ít trường hợp bên được môi giới cầu kết với bên thứ ba nhằm trốn tránh nghĩa vụ đối với bên môi giới. Trong thực tế có rất nhiều trường hợp bên môi giới ký kết hợp đồng môi giới với bên được môi giới để tìm bên thứ ba theo yêu cầu của bên được môi giới, khi bên môi giới đã tìm được bên thứ ba và giới thiệu cho bên được môi giới nhưng bên được môi giới lại liên lạc trực tiếp với bên thứ ba để hợp tác mà bỏ qua hợp đồng môi giới với bên môi giới, bên được môi giới cầu kết với bên thứ ba và cho rằng họ không có hợp tác với nhau để cho hợp đồng môi giới không thành công (nhưng thực tế hợp

đồng môi giới này đã thành công), để trốn tránh nghĩa vụ thanh toán thù lao cho bên môi giới, điều này gây thiệt hại cho bên môi giới.

Thông qua kết quả khảo sát thực tế về hoạt động môi giới thương mại có thể thấy trường hợp bên được môi giới cầu kết với bên thứ ba nhằm trốn tránh nghĩa vụ với bên môi giới vẫn xảy ra (*Một số khảo sát thực tế xem phụ lục II*).

Ví dụ từ thực tế vụ kiện đòi tiền môi giới bất động sản:

Số hiệu: 83/2012/KDTM-ST: *Nguyên đơn yêu cầu bị đơn phải thanh toán số tiền môi giới theo hợp đồng đã ký, cụ thể: một tháng tiền thuê (6.614,41m<sup>2</sup> x 2.41usd) = 15.934,72 usd và lãi suất do chậm trả là 1,5%/tháng.*<sup>12</sup>

Phán quyết của Tòa: Không chấp nhận toàn bộ yêu cầu của Nguyên đơn.

Việc tòa án không chấp nhận toàn bộ yêu cầu của nguyên đơn, vì phía nguyên đơn không có cơ sở hay ràng buộc pháp lý nào thiết thực để chứng minh bị đơn là khách hàng của mình và tòa án cũng không có cơ sở pháp luật để xử lý hành vi vi phạm của bị đơn. Từ đó, có thể thấy khi rơi vào trường hợp này bên môi giới rất khó có thể chứng minh bên được môi giới vi phạm và đòi lại quyền lợi cho mình vì pháp luật về môi giới thương mại không có quy định hay chế tài nào cho bên được môi giới khi vi phạm trong trường hợp này.

<sup>12</sup> <https://caselaw.vn/doc-an-moi-ngay/83-2012-kdtm-st-kien-doi-tien-moi-gioi-bat-dong-san> (Truy cập ngày 26/5/2021)

## 2.4. Giải pháp

*Hoàn thiện chế định về thương nhân và nghĩa vụ đăng ký kinh doanh của thương nhân khi tham gia hoạt động môi giới thương mại.*

Theo quy định tại Điều 150 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định bên môi giới thương mại phải là “*thương nhân*”. Theo Khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019): “*Thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh*”. Bên cạnh đó, tại Điều 7 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) lại quy định: “*Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật*”. Như vậy tổ chức cá nhân được xem là thương nhân khi hoạt động thương mại “*có đăng ký kinh doanh*”. Tuy nhiên, việc quy định “*Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật*” là không hợp lý vì nếu chưa “*đăng ký kinh doanh*” thì không được xem là thương nhân, việc sử dụng cụm từ “*thương nhân*” trong quy định này là không hợp lý. Vì khi sử dụng cụm từ “*thương nhân*” trong quy định này có thể có cách hiểu gây nhầm lẫn là các tổ chức, cá nhân là “*thương nhân*” ngay cả khi những chủ thể này không có “*đăng ký*

kinh doanh” thì Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) vẫn thừa nhận họ là thương nhân. Từ quy định này tác giả nhận thấy có sự thiếu thống nhất giữa định nghĩa thương nhân và nghĩa vụ đăng ký kinh doanh của thương nhân. Tác giả xin đề xuất nên sửa quy định tại Điều 7 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) như sau “*Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, tổ chức, cá nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật*”.

*Quy định cụ thể về hình thức hợp đồng môi giới thương mại.*

Khi áp dụng vào thực tiễn không ít trường hợp khi phát sinh tranh chấp các chủ thể không có cơ sở để bảo vệ quyền lợi của mình cũng như buộc các bên tham gia quan hệ môi giới thực hiện các nghĩa vụ của họ. Vì vậy, để có cơ sở pháp lý rõ ràng cho các bên tham gia quan hệ môi giới thương mại dễ dàng xác lập hợp đồng, tác giả đề xuất bổ sung thêm Điều khoản quy định về hình thức của hợp đồng môi giới thương mại vào Mục 2, Chương V Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) theo đó “*Hình thức của hợp đồng môi giới thương mại căn cứ theo Điều 74 Luật này*”. Việc quy định hình thức của hợp đồng môi giới sẽ hạn chế được các rủi ro tranh chấp xảy ra. (Có thể tham khảo một số mẫu hợp đồng môi giới thương mại ở phụ lục I).

*Quy định cụ thể về việc thanh toán thù lao và chi phí phát sinh đối với hợp đồng môi giới thương mại.*

Việc thanh toán thù lao và chi phí phát sinh hợp lý là vấn đề mà các bên tham gia quan hệ môi giới hay xảy ra tranh chấp nhất. Vì, khi hoạt động môi giới bên môi giới hướng tới là thù lao môi giới khi hợp đồng môi giới thành công và cả chi phí phát sinh được cho là hợp lý liên quan đến hợp đồng, Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) quy định dù hợp đồng môi giới thành công hay không thì bên môi giới vẫn có quyền được hưởng các chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến hợp đồng<sup>13</sup>. Từ các quyền này nên không ít trường hợp bên được môi giới gây khó dễ cho bên môi giới hoặc cấu kết với bên thứ ba để trốn tránh nghĩa vụ của mình, nên tác giả xin đề xuất quan điểm cá nhân của mình là nên sửa đổi Khoản 2 Điều 152 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) như sau:

*“Bên được môi giới có nghĩa vụ thanh toán thù lao môi giới khi hợp đồng môi giới thành công và thanh toán các chi phí phát sinh hợp lý khác cho bên môi giới khi hợp đồng môi giới không thành công.”*

Thù lao môi giới là do các bên thỏa thuận cho nên trong quá trình thỏa thuận về thù lao thì bên môi giới nên tính toán trước các chi phí sẽ phát sinh thêm trong quá trình thực hiện hợp đồng, để đưa ra mức thù lao mà bên được môi giới sẽ thanh toán cho mình. Việc quy định hợp

đồng môi giới thành công bên môi giới được hưởng thù lao môi giới thì bên môi giới sẽ cân nhắc thật kỹ các khoản chi để đem lại lợi nhuận cao nhất cho mình, còn bên được môi giới sẽ biết được chính xác chi phí mà mình phải trả cho bên môi giới là bao nhiêu, từ đó họ mới xem coi là mình có khả năng chi trả và có ký kết hợp đồng hay không. Như vậy, việc quy định khi hợp đồng môi giới thành công bên môi giới được hưởng thù lao môi giới, bên được môi giới sẽ không có tâm lý e ngại hoặc gây khó dễ cho bên môi giới và sẵn sàng thực hiện nghĩa vụ của mình.

Và sửa Điều 154 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) theo hướng bỏ cụm từ “kể cả”:  
*“Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên được môi giới phải thanh toán các chi phí phát sinh hợp lý liên quan đến việc môi giới khi việc môi giới không mang lại kết quả cho bên được môi giới.”*

*Quy định thêm Điều khoản bồi thường thiệt hại.*

Để đảm bảo cho hoạt động môi giới diễn ra thành công, suôn sẻ, đảm bảo cho quyền lợi chính đáng của cả hai bên trong quá trình tham gia hợp đồng môi giới thương mại thì Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) cần xem xét, quy định thêm Điều khoản bồi thường thiệt hại ở Mục 2, Chương V Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019). Theo đó *“Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu một bên không trung thực làm mất thời gian cho bên còn lại, hoặc nếu đó là nguyên*

<sup>13</sup> Điều 154 Luật Thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019)

*nhân dẫn đến việc hợp đồng môi giới thương mại không thành công thì phải bồi thường thiệt hại”.*

### 3. KẾT LUẬN

Pháp luật về môi giới thương mại hiện nay được quy định khá đầy đủ. Tuy nhiên, khi áp dụng vào thực tiễn đã nảy sinh một số hạn chế cần được sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện hơn như: Chủ thể khi tham gia hoạt động môi giới thương mại không đáp ứng đúng quy định, thù lao môi giới và chi phí hợp lý liên quan đến hợp đồng môi giới, hình thức của hợp đồng môi giới không có quy định rõ ràng, không có sự thống nhất giữa khái niệm thương nhân và nghĩa vụ đăng ký kinh doanh, khái niệm các hoạt động trung gian thương mại và môi giới thương mại. Việc không có sự thống nhất giữa các quy định pháp luật gây khó khăn cho các bên tham gia hoạt động môi giới thương mại và cơ quan quản lý nhà nước. Do đó, các nhà làm luật cần xem xét, cân nhắc sửa đổi, bổ sung thêm các quy định còn thiếu, hạn chế để tạo hành lang pháp lý thông thoáng, thống nhất cho các bên khi tham gia quan hệ môi giới. Các quy định về môi giới thương mại trong Luật thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) cần được quy định cụ thể về hình thức hợp đồng môi giới, về chế độ thanh toán thù lao môi giới và chi phí phát sinh hợp lý liên quan. Trong bối cảnh nền kinh tế thị trường phát triển ngày càng sâu rộng, vấn đề rủi ro trong các hoạt động thương mại ngày càng gia tăng là quy luật khách quan. Hoạt động môi giới thương mại là hoạt động thương mại nên cũng phải phù hợp với cơ chế thị trường, đảm bảo tính công khai, minh bạch, công

bằng. Việc xây dựng và hoàn thiện cơ sở pháp lý cho hoạt động môi giới thương mại, sửa đổi, bổ sung Luật thương mại năm 2005 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) là một yêu cầu khách quan nhằm phát triển hoạt động môi giới thương mại lành mạnh trên cơ sở bảo vệ lợi ích của các chủ thể khi tham gia quan hệ môi giới, tạo điều kiện thuận lợi hơn cho cơ quan quản lý nhà nước trong việc kiểm soát hoạt động môi giới thương mại. Góp phần thúc đẩy kinh tế Việt Nam phát triển theo đúng định hướng của Nhà Nước Xã Hội Chủ Nghĩa.

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội, 2015. Luật số: 21/2015/L-CTN, ngày 08 tháng 12 năm 2015, Bộ luật dân sự năm 2015.
2. Quốc hội 1997, Luật số: 58/L-CTN, ngày 10 tháng 5 năm 1997, Luật Thương mại năm 1997 (hết hiệu lực).
3. Quốc hội, 2005, Luật số: 36/2005/QH11, ngày 14 tháng 6 năm 2005, Luật Thương mại năm 2005.
4. Quốc hội, 2014, Luật số: 66/2014/QH13, ngày 25 tháng 11 năm 2014, Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.
5. Quốc hội, 2019. Luật số: 54/2019/QH14, ngày 26 tháng 11 năm 2019, Luật chứng khoán năm 2019.
6. Văn phòng Quốc hội, Số: 17/VBHN-VPQH, ngày 05 tháng 7 năm 2019, Luật Thương mại.

## **INADEQUACIES IN PRACTICE OF LEGAL PROVISIONS ON COMMERCIAL BROKERAGE AND SOLUTIONS**

Nguyen Thi Huynh Tran and Nguyen Hong Chi\*

*Tay Do University*

(\*Email: nhchi@tdu.edu.vn)

### **ABSTRACT**

*Commercial brokerage is one of the intermediary activities. This is a commercial activity recognized by Vietnamese law and currently governed by the 2005 Commercial Law (Amendment and supplemented in 2017, 2019). In practical application, the law on commercial brokerage has revealed difficulties, inadequacies, lack of concentration and consistency among legal documents, causing troubles for both law users, law enforcers, affecting the development of this activity itself and the development of the economy. Accordingly, studying the legal provisions on commercial brokerage is essential, thereby contributing suggestions and recommendations to improve legal provisions on this issue, such as: Perfecting regulations on traders and trader's business registration obligations when participating in commercial brokerage activities, specifying regulations on the commercial brokerage contract forms, specifying provisions on payment of remuneration and cost incurred in respect of commercial brokerage contracts, adding provisions for Compensatory damages clauses.*

**Keywords:** *Commerce, commercial brokerage, inadequacy in practice, solutions*